

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: PS210195-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. E. Lichti Aschwanden, Vorsitzende, Oberrichter Dr. M. Sarbach und Oberrichterin lic. iur. A. Strähl sowie Gerichtsschreiber lic. iur. M. Häfeli

Urteil vom 3. Dezember 2021

in Sachen

A. _____,

Schuldner und Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____,

gegen

B. _____ **Krankenversicherung AG,**

Gläubigerin und Beschwerdegegnerin,

betreffend **Konkurseröffnung**

Beschwerde gegen ein Urteil des Konkursgerichtes des Bezirksgerichtes Zürich vom 28. Oktober 2021 (EK211513)

Erwägungen:

1. Der Schuldner und Beschwerdeführer (fortan: Schuldner) war bis zum tt.mm.2021 als Einzelunternehmer im Handelsregister eingetragen. Die Streichung im Handelsregister wurde am tt.mm.2021 im Schweizerischen Handelsamtsblatt bekannt gemacht (vgl. act. 8/1). Während der sechsmonatigen Frist, innert welcher Personen, welche im Handelsregister eingetragen waren, nach Bekanntmachung der Streichung noch der Konkursbetreibung unterliegen, sprach das Betreibungsamt Zürich 7 am 5. Juli 2021 eine Konkursandrohung aus (act. 7/2/2). Am 9. September 2021 (act. 7/1) stellte die Gläubigerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Gläubigerin) beim Konkursgericht des Bezirksgerichts Zürich (nachfolgend: Vorinstanz) ein Konkursbegehren.

2. Mit Urteil vom 28. Oktober 2021 (act. 7/8 = act. 3 = act. 6 [Aktenexemplar]) eröffnete die Vorinstanz den Konkurs über den Schuldner für folgende Forderungen der Gläubigerin:

Fr.	1'897.40	nebst Zins zu 5 % seit 25.08.2020
Fr.	30.00	Mahnspesen
Fr.	95.00	Inkassogebühren
Fr.	151.60	Betreibungskosten

3.

3.1. Gegen die Konkursöffnung kann beim Obergericht innert 10 Tagen Beschwerde erhoben werden (Art. 174 Abs. 1 SchKG und Art. 321 Abs. 1 ZPO). Der vorinstanzliche Entscheid wurde dem Schuldner – beziehungsweise seiner Zustellungsbevollmächtigten (vgl. hierzu nachfolgende E. 4.4) – am 1. November 2021 zugestellt (vgl. act. 7/11). Die Beschwerdefrist lief daher am 11. November 2021 ab. Die Beschwerdeschrift vom 2. November 2021 (act. 2) ging fristgerecht ein. Der Schuldner stellt darin folgende Beschwerdeanträge:

1. Es sei das rubrizierte Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 28. Oktober 2021 vollumfänglich aufzuheben und das Konkursbegehren der Beschwerdegegnerin (Gläubigerin) vom 9. September 2021 abzuweisen, eventualiter zur Neuurteilung an das Bezirksgericht zurückzuweisen;

2. es sei dem Beschwerdeführer bis zum Ende der Beschwerdefrist eine Frist einzuräumen, um seine Beschwerdeschrift gemäss nachfolgender Erwägungen zu ergänzen;
3. es sei dieser Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen;
4. es seien die Kosten des Konkursamtes Hottingen-Zürich und die Kosten dieses Beschwerdeverfahrens wettzuschlagen."

3.2. Mit Valuta vom 2. November 2021 hinterlegte der Schuldner bei der Obergerichtskasse einen Betrag von Fr. 3'324.– (vgl. act. 4/3). Mit Verfügung vom 4. November 2021 (act. 9) wurde der Beschwerde einstweilen die aufschiebende Wirkung verweigert. Der Schuldner wurde von der Kammer des Weiteren auf offensichtliche Mängel – namentlich die unterlassene Hinterlegung des Zinses der Konkursforderung, die unterlassene Sicherstellung der Kosten des Konkursamtes und das Fehlen eines aktuellen Betreibungsregisterauszeuges – hingewiesen. Im Folgenden hinterlegte der Schuldner mit Valuta vom 5. November 2021 bei der Obergerichtskasse einen weiteren Betrag von Fr. 111.50 (vgl. act. 12/9). Zudem stellte der Schuldner beim Konkursamt Hottingen-Zürich zur Deckung der Kosten des Konkursverfahrens bis zu einer allfälligen Konkursaufhebung Fr. 1'000.– sicher (vgl. act. 12/10). Der Schuldner reichte am 8. November 2021 eine Ergänzung seiner Beschwerde ein (act. 11). Mit Verfügung vom 9. November 2021 (act. 13) wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt. Es ging innert Beschwerdefrist eine weitere Beschwerdeergänzung vom 11. November 2021 (act. 15) ein.

3.3. Ausser Frist erstattete der Schuldner schliesslich weitere Ergänzungen seiner Beschwerde, namentlich vom 15. November 2021 (act. 17) und vom 19. November 2021 (act. 19). Diese Eingaben sind zufolge Fristversäumnis – wie zuvor erwähnt, endete die Beschwerdefrist am 11. November 2021 – im Folgenden unbeachtlich (vgl. auch nachstehende E. 5.1).

3.4. Die vorinstanzlichen Akten wurden beigezogen (act. 7/1–11). Die Sache ist spruchreif.

4.

4.1. Der Schuldner macht beschwerdeweise geltend, ihm sei die am 17. September 2021 ausgefertigte Vorladung zur Konkursverhandlung vom 28. Oktober 2021 (act. 3) nicht zugestellt worden. Dies weder an ihn selbst, noch an eine mit ihm im Haushalt lebende Person, noch an eine von ihm angestellte Person (act. 2 Rz. 21, 25).

Er, der Schuldner, lasse seine an die Wohnsitzadresse gerichtete Post an die Firma C._____ GmbH umleiten (vgl. act. 7/4/7). D._____ – dieser wird auf dem Empfangsschein zur Vorladung als zur Entgegennahme der Sendung Bevollmächtigter aufgeführt und hat den Empfang mit seiner Unterschrift bestätigt (vgl. act. 7/7) – sei ihm nicht bekannt. Er habe diese Person auch nie beauftragt, Gerichtsurkunden entgegen zu nehmen. Sie sei weder Angestellte des Schuldners noch seiner Gesellschaft C._____ GmbH. D._____ lebe ferner nicht im Haushalt des Schuldners. Es könne bloss vermutet werden, dass es sich bei D._____ um einen Mitarbeiter der Firma E._____ AG handle (act. 11 Rz. 2 f.). Mit der E._____ AG habe die C._____ GmbH einen "Office Vertrag" geschlossen. Erstere nehme die Post der ansässigen Firmen entgegen und unterzeichne eingeschriebene Briefe. Die einzelnen Briefe würden alsdann in die jeweiligen Postmappen der Firmen verteilt und bereitgestellt (act. 7/4/7).

Ebenso wenig habe der Schuldner mangels eines Prozessrechtsverhältnisses mit einer Zustellung rechnen müssen. Es greife daher keine Zustellfiktion (act. 2 Rz. 26). Die Beweislast für eine korrekte Zustellung der Vorladung habe die Vorinstanz zu erbringen (act. 2 Rz. 29; act. 11 Rz. 4).

4.2. Dies stellt eine zulässige Rüge im Beschwerdeverfahren dar. Mängel des erstinstanzlichen Verfahrens wie die nicht oder nicht richtig erfolgte Vorladung zur Verhandlung des Konkursgerichts sind von der Oberinstanz an erster Stelle zu prüfen (KUKO SchKG-DIGGELMANN, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 174 N 7).

4.3. Die Konkurseröffnung bedingt, dass dem Schuldner die gerichtliche Verhandlung über das Konkursbegehren rechtzeitig angezeigt wurde (vgl. Art. 168 SchKG).

4.3.1. Die Zustellung von Vorladungen erfolgt durch eingeschriebene Postsendungen oder auf andere Weise gegen Empfangsbestätigung (vgl. Art. 1 lit. c i.V.m. Art. 138 Abs. 1 ZPO). Eine Zustellung gilt als erfolgt, wenn die Sendung von der Adressatin oder vom Adressaten oder von einer angestellten oder im gleichen Haushalt lebenden, mindestens 16 Jahre alten Person entgegengenommen wurde (Art. 138 Abs. 2 ZPO). Nimmt die Adressatin die Sendung selber entgegen, so wird dies auch als persönliche Zustellung bezeichnet. Bei einer Zustellung an Hausgenossen oder angestellte Personen spricht man von einer Ersatzzustellung (HUBER, DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl., Zürich 2016, Art. 138 N 34, 38). Die Zustellung ist vollzogen, wenn die Sendung der Adressatin oder ihrem Vertreter tatsächlich übergeben wird oder wenn sie auf ordentlichem Weg in den Machtbereich der Adressatin gelangt, sodass sie Kenntnis nehmen kann. Letzteres gilt insbesondere bei einer Ersatzzustellung; nicht erforderlich ist diesfalls die tatsächliche Kenntnisnahme durch die Adressatin (vgl. JENNY/JENNY, OFK ZPO, 2. Aufl., Zürich 2015, Art. 138 N 6). Nichtsdestoweniger spricht man hierbei von tatsächlichen Zustellungen, dies in Abgrenzung zu den fiktiven Zustellungsformen gemäss Art. 138 Abs. 3 ZPO, welche lediglich bei einem bereits bestehenden Prozessrechtsverhältnis zum Tragen kommen.

4.3.2. Ist eine Partei vertreten, so erfolgt die Zustellung gemäss Art. 137 ZPO an die Vertretung. Auch wenn sich diese Bestimmung auf eine umfassende Vertretung im Prozess im Sinne von Art. 68 ZPO bezieht, kann eine Partei gegenüber dem Gericht auch eine Vertretung bezeichnen, deren Vertretungsmacht sich darin erschöpft, gerichtliche Zustellungen für den Vertretenen in Empfang zu nehmen. Die Zulässigkeit der Bestellung solcher zustellungsbevollmächtigter Personen (sog. Insinuationsmandatare) ergibt sich *a maiore ad minus* aus der Befugnis des gewillkürten Parteivertreters zur Entgegennahme von gerichtlichen Sendungen. Wie bei der ordentlichen Vertretung ist die Zustellung mit Zugang beim korrekt bezeichneten Insinuationsmandataren erfolgt. Es ist Sache der vertretenen Per-

son sicherzustellen, dass sie von den Zustellungen rechtzeitig erfährt. Als Unterart hiervon wird im Schrifttum zu Recht die Erteilung einer schriftlichen Vollmacht durch die Adressatin an eine Drittperson zwecks Empfangnahme von eingeschriebenen Sendungen bei der Post eingeordnet (vgl. zum Ganzen HUBER, a.a.O., Art. 137 N 15; ferner mit dem überzeugenden Hinweis auf den Grundsatz *volenti non fit iniura* ERNST/OBERHOLZER, Fristen und Fristberechnung gemäss Zivilprozessordnung, Zürich 2013, N 108).

4.3.3. Eine Adressatin kann der Schweizerischen Post einen Nachsendeauftrag erteilen. Dieser bewirkt, dass Postsendungen befristet oder bis auf Widerruf an eine vorübergehend gültige Adresse umgeleitet werden (vgl. Factsheet "Nachsendeauftrag"; abrufbar auf <https://www.post.ch/de/empfangen/umzug/adressaenderung-mit-nachsendung>). Wird die Umleitungsadresse nicht von der Adressatin selbst gehalten, so bedarf es für eine gültige Entgegennahme der Postsendungen einer entsprechenden Bevollmächtigung des Empfängers. Diese kann dem Empfänger entweder im Vorfeld erteilt werden, beispielsweise im Rahmen eines vertraglichen Grundverhältnisses. Nicht weniger zulässig ist es jedoch, die Vollmacht dem Empfänger mit der Einrichtung des Nachsendeauftrages konkludent einzuräumen. Von einer konkludenten Vollmachterteilung kann ausgegangen werden, wenn die äusseren Umstände es erlauben, in guten Treuen auf den Bevollmächtigungswillen der Adressatin zu schliessen (vgl. BSK OR I-WATTER, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 33 N 15).

4.3.4. Die Nachsendung erfolgt auf das eigene Risiko der Adressatin, welche sich das Handeln oder Unterlassen ihres Zustellungsbevollmächtigten nach den allgemeinen Prinzipien des Stellvertretungsrechts entgegen halten lassen muss (vgl. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Zürich 2020, S. 343).

4.3.5. Nach dem Gesagten ist der Empfänger von nachgesendeten Sendungen als Zustellungsbevollmächtigter der Adressatin anzusehen. Entgegen dem Schuldner handelt es sich dabei nicht um eine Ersatzzustellung, sondern um eine persönliche Zustellung an einen zur Entgegennahme Bevollmächtigten. Die Zustellung an diesen kann tatsächlich (Art. 138 Abs. 1 und 2 ZPO) oder – bei einem

bereits bestehenden Prozessrechtsverhältnis – fiktiv erfolgen (Art. 138 Abs. 3 ZPO).

4.4.1. Der Schuldner lässt nach seinen Angaben in einem "Affidavit" vom 2. November 2021 seine persönliche Post an die Geschäftsadresse der C. _____ GmbH nachsenden. Die Gesellschaft wiederum nimmt ihre Post nicht selber entgegen. Sie verfügt vielmehr über ein sog. "virtuelles Büro" der E. _____ AG mit der Dienstleistung "...". Der entsprechende Vertrag wurde vom Schuldner für die Gesellschaft abgeschlossen (vgl. act. 4/7 und act. 12/8).

Der Schuldner richtete demnach in einem unbekanntem Zeitpunkt vor der Zustellung der Vorladung zur Konkursverhandlung im Wissen um den Auftrag der E. _____ AG zur Entgegennahme der Post der C. _____ GmbH einen Nachsendeauftrag betreffend seine persönliche Korrespondenz bei der Schweizerischen Post ein. Aus der Formulierung im "Affidavit" ist unzweifelhaft zu schliessen, dass diese Nachsendung nicht bloss vorübergehender Art ist und wohl bis heute anhält. Der Vertrag für das "virtuelle Büro" wurde am 20. Dezember 2019 mit der E. _____ AG geschlossen und besteht, soweit ersichtlich, ebenfalls bis heute fort. Der Schuldner machte beschwerdeweise nicht geltend, dass diese Handhabung seiner Post nicht in seinem Sinne gewesen oder – mit Ausnahme der angeblich nicht erhaltenen Vorladung zur Konkursverhandlung – in der Vergangenheit nicht richtig verlaufen sei.

4.4.2. Durch das längere Bestehenlassen des Nachsendeauftrages im Wissen und mit Duldung des Umstandes, dass die Post der C. _____ GmbH – und damit auch die an die Gesellschaft umgeleitete Post des Schuldners persönlich – von der E. _____ AG entgegen genommen wird, machte der Schuldner Letztere konkludent zu seiner Zustellungsbevollmächtigten. Dass sie als solche handelte, war für sie aus den tatsächlichen Gegebenheiten – nämlich aus der ursprünglichen Adressierung der Postsendungen und deren Kennzeichnung als Nachsendungen – klar ersichtlich. Sie war daher in der Lage, die Post des Schuldners rechtsgültig als Vertreterin in Empfang zu nehmen, was auch für die am 21. September 2021 zugestellte Vorladung zur Konkursverhandlung gilt (vgl. act. 7/7).

4.4.3. Der Empfangsschein zur Vorladung zur Konkursverhandlung wurde durch D._____ unterzeichnet, wobei die Schweizerische Post die Beziehung zum Empfänger als "Bevollmächtigter" erfasste. Bei ihm handelt es sich demnach – wie der Schuldner selber vermutungsweise einräumt (vgl. act. 11 Rz. 3) – um eine für die E._____ AG tätige oder zumindest von dieser zur Entgegennahme von Postsendungen ermächtigte Person. Derselbe hat nebst der Vorladung zur Konkursverhandlung denn auch das Konkurserkennntnis vom 28. Oktober 2021 (act. 7/8) – in diesem Fall gemäss der Schweizerischen Post als "Angestellter" – in Empfang genommen (vgl. act. 7/11).

4.4.4. Damit ist festzuhalten, dass dem Schuldner die Vorladung zur Konkursverhandlung rechtsgenügend zugestellt wurde. Darauf, ob ihm die Vorladung im Folgenden tatsächlich zur Kenntnis gelangt ist, kommt es nicht mehr an, denn das Tun oder Unterlassen der E._____ AG hat sich der Schuldner vollumfänglich anrechnen zu lassen.

5.

5.1. Gemäss Art. 174 Abs. 2 SchKG kann die Konkursöffnung im Beschwerdeverfahren aufgehoben werden, wenn der Schuldner mit der Einlegung des Rechtsmittels seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft macht und durch Urkunden einen der drei gesetzlich vorgesehenen Konkurs hinderungsgründe (Tilgung, Hinterlegung oder Gläubigerverzicht) nachweist. Neue Behauptungen und Urkundenbeweise über konkurshindernde Tatsachen sind im Beschwerdeverfahren unbeschränkt zugelassen, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem erstinstanzlichen Entscheid ergangen sind. Jedoch muss die Begründung samt Belegen vollständig innert der zehntägigen Beschwerdefrist erfolgen (Art. 321 Abs. 1 und 2 ZPO). Später eingetretene Tatsachen sind – anders als nach Art. 317 Abs. 1 ZPO – nicht mehr beachtlich (BGE 139 III 491 E. 4). Es gilt im vorliegenden Beschwerdeverfahren zwar grundsätzlich der Untersuchungsgrundsatz. Dieser wird jedoch durch eine Mitwirkungspflicht des Schuldners abgeschwächt, welcher grundsätzlich weiterhin die Verantwortung für die Sachverhaltsermittlung trägt (vgl. BGer, 5A_175/2015 vom 5. Juni 2015, E. 4.1; SUTTER-SOMM/SCHRANK, ZK ZPO, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 55 N 64).

5.2. Der Schuldner hat die Konkursforderung samt Zinsen, Inkassogebühren sowie Betreuungskosten am 2. und 5. November 2021 bei der Beschwerdeinstanz hinterlegt (vgl. act. 4/3 und act. 12/9). Die Tilgung bzw. Hinterlegung erfolgte somit nach der Konkursöffnung. Der Schuldner hat sodann die Kosten für das erstinstanzliche Verfahren sowie die Kosten des Konkursamtes für die Zeit von der Konkursöffnung bis zur allfälligen Aufhebung des Konkurses im Beschwerdeverfahren beim Konkursamt Hottingen-Zürich sichergestellt (vgl. act. 4/3 und act. 12/10). Damit hat der Schuldner den Konkursaufhebungsgrund der Hinterlegung im Sinne von Art. 174 Abs. 2 Ziff. 2 SchKG innert der Rechtsmittelfrist nachgewiesen.

5.3. Da die Tilgung bzw. Hinterlegung erst nach der Konkursöffnung erfolgt ist, hat der Schuldner darüber hinaus seine Zahlungsfähigkeit glaubhaft zu machen, um die Aufhebung der Konkursöffnung zu erreichen (vgl. Art. 174 Abs. 2 SchKG).

5.4. Zahlungsfähigkeit bedeutet, dass ausreichend liquide Mittel vorhanden sind, mit denen die Gläubiger bei Fälligkeit ihrer Forderungen befriedigt werden können. Der Schuldner hat deshalb aufzuzeigen, dass er in der Lage ist, in näherer Zukunft seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten lassen den Schuldner noch nicht als zahlungsunfähig erscheinen. Anders verhält es sich jedoch, wenn keine Anhaltspunkte für eine Verbesserung der finanziellen Lage zu erkennen sind und der Schuldner deshalb auf unabsehbare Zeit hinaus als illiquid erscheint. Absehbare Veränderungen, die ihm die Tilgung seiner Schulden erlauben würden, sind grundsätzlich zu berücksichtigen; diese müssen jedoch so konkret dargelegt werden, dass glaubhaft ist, die gegenwärtigen Zahlungsschwierigkeiten seien vorübergehender Natur. Auch wenn der Schuldner die Zahlungsfähigkeit nicht strikt beweisen, sondern nur glaubhaft machen muss, so genügen seine Behauptungen allein nicht. Er muss die Angaben durch objektive Anhaltspunkte untermauern, so dass das Gericht den Eindruck hat, die Behauptungen seien zutreffend, ohne das Gegenteil ausschliessen zu müssen (BGE 132 III 715 E. 3.1.; BGE 132 III 140 E. 4.1.2; BGer, 5A_297/2012 vom 10. Juli

2012, E. 2.3). Nach der Praxis der Kammer genügt es zur Annahme der Zahlungsfähigkeit, wenn glaubhaft gemacht ist, dass der Schuldner die aktuell dringenden Verpflichtungen bedienen kann und innert längstens zwei Jahren neben den laufenden Verbindlichkeiten auch die Altlasten wird abtragen können (OGer ZH, PS190041 vom 25. März 2019, E. 2.3.1; OGer ZH, PS140068 vom 29. April 2014, E. 2.2).

5.5. Der Schuldner begründet in seiner Beschwerdeschrift seine Zahlungsfähigkeit im Wesentlichen wie folgt (vgl. act. 2 Rz. 33 ff.; act. 11 Rz. 14 ff.):

5.5.1. Er sei zu drei Vierteln Erbe seiner verstorbenen Mutter. Ihm stünden aus ihrem Nachlass noch nicht verteilte Schmuckstücke gemäss dieser Quote zu. Vom Willensvollstrecker habe er den Auftrag erhalten, diese unverteilter Erbschaftsstücke so bald wie möglich zu liquidieren. Dies sei schätzungsweise innerhalb weniger Wochen möglich. Des Weiteren sei er Alleineigentümer des von ihm bewohnten Hauses an der F. _____-strasse ... in ... Zürich. Der Wert der Liegenschaft werde auf mehr als Fr. 3.2 Mio. bzw. aktuell auf bis zu Fr. 5 Mio. geschätzt, sei aber lediglich mit einer Hypothek von Fr. 900'000.– belastet. Die Hypothek könne somit ohne Weiteres kurzfristig erhöht werden. Zwei Drittel des Wertes würden an dieser Lage als realistisch erscheinen. Ein Bekannter, Herr G. _____, sei zudem bereit, ihn mit Liquidität in der Höhe von Fr. 120'000.– zu unterstützen. Die Liquidität werde dazu verwendet, um offene Betreibungen der "weissen" Kategorie beim Betreibungsamt zu begleichen – dies voraussichtlich noch in der Woche vom 8. November 2021 – und um ausreichende Rücklagen für die "grüne" und "blaue" Kategorie bereitzustellen (vgl. zu den Farbkodierungen sogleich E. 5.5.2.).

5.5.2. Zum von ihm eingereichten Auszug über offene Betreibungen – vom Schuldner irrigerweise als Betreibungsregisterauszug bezeichnet (vgl. hierzu auch nachfolgende E. 5.6.1 f.) – macht der Schuldner folgende Bemerkungen: Gewisse von ihm mit Rot hinterlegte Positionen seien vollumfänglich beglichen. Grün hinterlegte Positionen stellten Streitfälle dar, in denen er die Forderungen nicht anerkenne. Bei den blau markierten Positionen handle es sich um unterhaltsrechtliche Forderungen seiner ehemaligen Gattin. Bezüglich dieser greife wegen Verände-

rungen des Vermögens der Unterhaltsberechtigten eine Reduktionsklausel. Die Unterhaltsbeträge würden sich wesentlich reduzieren oder ganz wegfallen. Dies werde zivilprozessual ausgefochten und die Parteien stünden zurzeit in Verhandlungen. Seine ehemalige Ehefrau sei unter der Voraussetzung der Veräusserung des Hauses zudem bereit, ihre Beteiligungen zurückzuziehen. Weitere, nicht farblich unterlegte Positionen würden vom Schuldner noch diese Woche beglichen.

5.6. Wesentlichen Aufschluss über das Zahlungsverhalten und die finanzielle Lage eines Schuldners gibt insbesondere das Beteiligungsregister.

5.6.1. Für die Beurteilung des allgemeinen Zahlungsverhaltens des Schuldners sind nicht nur die noch offenen Beteiligungen von Belang, ebenso massgeblich sind auch die übrigen im Auszug aufgeführten Beteiligungen, so beispielsweise erloschene oder durch Zahlung erledigte Beteiligungen.

5.6.2. Obschon der Schuldner in der Verfügung vom 4. November 2021 (act. 9) ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, dass zur Glaubhaftmachung seiner Zahlungsfähigkeit die Einreichung eines aktuellen Beteiligungsregisterauszuges über die vergangenen drei Jahre gehöre, legte der anwaltlich vertretene Schuldner keinen solchen, sondern lediglich einen Auszug über seine aktuell offenen Beteiligungen ins Recht (act. 12/14).

5.6.3. Im vom Schuldner eingereichten Auszug werden für die letzten drei Jahre offene Beteiligungen in der Gesamtsumme von Fr. 170'618.94 ausgewiesen (vgl. act. 12/14). Zunächst ist zu den elf angeblich durch Zahlung erledigten Beteiligungen (rot markiert; Gesamtsumme: Fr. 53'662.80) festzuhalten, dass der Schuldner es unterlässt, die behauptete Tilgung der jeweiligen Forderungen zu belegen. Die Beteiligungen sind daher im Folgenden uneingeschränkt zu berücksichtigen.

Hinsichtlich der vier Beteiligungen durch die frühere Ehegattin des Schuldners (blau hinterlegt; Gesamtsumme: Fr. 77'296.80) ergeben sich aus den eingereichten Akten keine konkreten Anhaltspunkte für eine Reduktion der den Beteiligungen zugrundeliegenden Unterhaltsforderungen. Wohl ist aus einem E-Mail der ehemaligen Ehegattin vom 8. November 2021 (act. 12/16a) zu schliessen, dass

zwischen den Rechtsvertretern der vormaligen Eheleute Gespräche aufgenommen werden sollen. Welchen Einfluss diese letztlich auf die in Betreuung gesetzten Unterhaltsforderungen haben könnten, bleibt aber unklar. Auch im Anwaltschreiben des Schuldners vom 8. November 2021 (act. 12/16b) wird eine Reduktion der Forderungen nicht konkret thematisiert, sondern es ist dort die Rede nur von einem Rückzug der Betreibungen durch die ehemalige Ehegattin, sofern die Liegenschaft an der F. _____-strasse ... in ... Zürich innerhalb eines halben Jahres verkauft wird. Damit könnte jedoch genauso gut gemeint sein, dass die Unterhaltsforderungen – entgegen dem Schuldner – in der in Betreuung gesetzten Höhe berechtigt und nach dem Verkauf der Liegenschaft zu begleichen sind. Blosser Behauptung ohne jeglichen Nachweis bleibt schliesslich die geltend gemachte Anwendbarkeit einer (unterhaltsrechtlichen) Reduktionsklausel. Infolgedessen sind die Betreibungen der ehemaligen Ehegattin im Folgenden vollumfänglich zu beachten.

Auch was die vier grün markierten Positionen (Gesamtsumme: Fr. 21'118.70) anbelangt, vermögen die Ausführungen des Schuldners, soweit diese überhaupt nachvollziehbar sind, nicht zu überzeugen. Teils dürfte es sich bei diesen vom Schuldner bestrittenen Forderungen um solche öffentlich-rechtlicher Natur handeln, so bei jenen des Eidgenössischen Starkstrominspektorats (Fr. 817.65) und der Wasserversorgung der Stadt Zürich (Fr. 10'084.05). Es ist zu vermuten, dass den Betreibungen rechtkräftige Verfügungen zugrunde liegen. Dass der Schuldner diese auf dem Rechtsweg angefochten hat, tut er nicht dar.

Schliesslich fehlt ein Nachweis dafür, dass für die 21 nicht markierten Betreibungen unterschiedlicher Gläubiger (Gesamtsumme: Fr. 18'540.64) mittlerweile Zahlungen geleistet wurden, so dass auch diese Betreibungen nicht aussen vor zu lassen sind. Zu bemerken ist, dass allein für die letzten sechs Monate acht offene Betreibungen in der Summe von Fr. 7'049.– ausgewiesen werden.

5.6.4. Insgesamt ist aus dem Umfang der offenen Betreibungen und der Vielzahl verschiedener betreibender Gläubiger zu schliessen, dass der Schuldner seinen Verbindlichkeiten in den letzten drei Jahren nur sehr unzureichend nachgekom-

men ist. Darauf, ob einzelne Betreibungen womöglich nicht berechtigt waren, kommt es vor diesem Hintergrund nicht mehr entscheidend an.

5.7. Der Schuldner erachtet sich nichtsdestotrotz als zahlungsfähig. Dem kann nicht gefolgt werden.

5.7.1. Wohl werden in einer Schätzung von ... Juwelier vom 20. Oktober 2016 (act. 4/5), zuhanden der Erbgemeinschaft A._____-H._____, 20 Schmuckstücke aufgeführt. Ob diese heute überhaupt noch im Eigentum der Erbgemeinschaft stehen, ist fraglich. Eine über fünf Jahre alte Schätzung vermag dies jedenfalls – auch nach dem Beweismass der Glaubhaftmachung – nicht mit genügender Bestimmtheit nachzuweisen. Im Auge zu behalten ist ferner, dass im Erbteilungsvertrag zwar bestimmt wurde, der Schmuck der Erblasserin solle in gegenseitigem Einverständnis zwischen den Erben aufgeteilt werden. Die Erbteilung wurde indes grundsätzlich bereits vor über zehn Jahren, nämlich am 17. August 2010, vorgenommen. Selbst wenn die Schmuckstücke demnach noch vorhanden sein sollten, kann angesichts der bisherigen, unerklärt gebliebenen Verzögerungen nicht von ihrer baldigen Versilberung und einer zeitnahen Verteilung des Erlöses ausgegangen werden, zumal sich aus der Vollmacht des Willensvollstreckers vom 12. März 2021 (act. 12/13) keine Vertretungsbefugnis des Schuldners für die Veräusserung des Schmuckes ergibt. Dort ist vielmehr die Rede von einer Vertretung der Erbgemeinschaft in Sachen "I._____/J._____" . Was dies zu bedeuten hat, bleibt im Dunkeln. Soweit ersichtlich wäre eine Veräusserung der Schmuckstücke – soweit sie nicht bereits erfolgt ist – daher nur gemeinsam durch die Erben möglich, was ein Handeln innerhalb weniger Wochen umso unwahrscheinlicher machen würde.

5.7.2. Ebenso wenig vermag der Schuldner aus dem Wert der in seinem Alleineigentum stehenden Liegenschaft an der F._____-strasse ... in ... Zürich etwas zu seinen Gunsten abzuleiten. Wohl ist es richtig, dass diese nur wenig belehnt ist und – allein auf den Liegenschaftswert bezogen – grundsätzlich eine Aufstockung der Hypothekarbelastung denkbar wäre (vgl. act. 12/11). Dass eine solche vorliegend tatsächlich möglich wäre, weist der Schuldner jedoch nicht im Ansatz nach. Banken sind bekanntlich bei der Vergabe von Krediten zu einer Bonitäts- und

Tragbarkeitsprüfung verpflichtet (vgl. Richtlinien für grundpfandgesicherte Kredite vom 27. August 2019, Selbstregulierung der Schweizerischen Bankiervereinigung). Angesichts seines Betreibungsregisterauszeuges und mangels eines (aktenkundigen) laufenden Einkommens, erscheint eine Kreditaufstockung keineswegs sicher und zu wenig dargetan.

5.7.3. Unbehelflich ist zuletzt das von G._____ ausgestellte Schreiben vom 8. November 2021 (act. 12/17a). Die darin enthaltene Formulierung, wonach Letzterer "allenfalls, jedoch nur unter der Voraussetzung der vollständigen Transparenz, d.h., dass ich sämtliche Unterlagen, die ich einsehen möchte, auch erhalte (insbesondere, aber nicht abschliessend, einen Grundbuchauszug, einen Auszug aus dem Betreibungsregister und ein vollständiges Schuldenverzeichnis) bereit wäre, A._____ finanziell mit einem Kredit bis zu einem Maximalbetrag von Fr. 120'000.– zu unterstützen" und dies unter der zusätzlichen "Voraussetzung, dass dieser Kredit entsprechend gesichert ist" lässt eine Wertung als verbindliche Darlehenszusicherung nicht zu. Dies räumt der Vertreter des Schuldners in einer E-Mail vom 8. November 2021 an G._____ selber ein, indem er ausführt, er habe das Schreiben so zu formulieren versucht, dass es keine Kreditzusage sei (act. 12/17b).

5.7.4. In der Konsequenz vermag der Schuldner nicht glaubhaft aufzuzeigen, mit welchen liquiden Mitteln er in der Lage ist, in näherer Zukunft seinen laufenden Verbindlichkeiten nachzukommen sowie die bestehenden Schulden abzutragen. Seine Zahlungsschwierigkeiten sind nicht lediglich vorübergehender Art. Damit ist nicht zu sehen, wie der Schuldner innert längstens zwei Jahren neben den laufenden Verbindlichkeiten auch seine Altlasten abzutragen vermöchte.

6. Zusammengefasst ist die Zahlungsfähigkeit des Schuldners auf der Grundlage seiner Vorbringen und der von ihm eingereichten Urkunden nicht glaubhaft gemacht. Seine Beschwerde ist abzuweisen.

7. Da der Beschwerde des Schuldners am 9. November 2021 die aufschiebende Wirkung gewährt wurde (vgl. act. 13), ist der Konkurs neu zu eröffnen.

8. Ausgangsgemäss sind dem Schuldner die Gerichtsgebühren des zweitinstanzlichen Verfahrens aufzuerlegen. Der Gläubigerin ist mangels relevanter Aufwendungen im Beschwerdeverfahren keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Es wird erkannt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, und es wird über den Schuldner mit Wirkung ab **3. Dezember 2021, 11.00 Uhr**, der Konkurs eröffnet. Das Konkursamt Hottingen-Zürich wird mit dem Vollzug beauftragt.
2. Die Obergerichtskasse wird angewiesen, den nach Abzug der Spruchgebühr noch verbleibenden, hinterlegten Betrag von Fr. 2'685.50 dem Konkursamt Hottingen-Zürich zu überweisen.
3. Die zweitinstanzliche Spruchgebühr wird auf Fr. 750.– festgesetzt, dem Schuldner auferlegt und mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss verrechnet. Die von der Gläubigerin bezogene erstinstanzliche Spruchgebühr von Fr. 400.– wird bestätigt und dem Schuldner auferlegt.
4. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Gläubigerin unter Beilage je eines Doppels bzw. einer Kopie der act. 2, act. 4/3–7, act. 11, act. 12/8–17 und act. 15–18 sowie an die Vorinstanz (unter Rücksendung der erstinstanzlichen Akten) und das Konkursamt Hottingen-Zürich und an das Grundbuchamt Hottingen-Zürich, ferner mit besonderer Anzeige an das Handelsregisteramt des Kantons Zürich und an das Betreibungsamt Zürich 7, je gegen Empfangsschein.
6. Eine **Beschwerde** gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um einen Entscheid des Konkurs- oder Nachlassrichters oder der Konkurs- oder Nachlassrichterin im Sinne von Art. 74 Abs. 2 lit. d BGG.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

i.V. Der Gerichtsschreiber:

MLaw R. Jenny

versandt am:

3. Dezember 2021